vnfor̃ 8 158



POR

DON FRANCISCO ANtonio de Medina, y Toledo.

EN EL PLEITO

DE TENVTA DEL MAYORAZGO que fundò el Dotor Don Bernardino de Aluarez, Canonigo, y Maestrescuela de la Santa Iglesia de Toledo.

CON DON BALTASAR ALVAREZ DE Toledo, Ponce de Leon, Conde de Zedillo.

✠

1 ONSTANTE es en el hecho; que Don Francisco Antonio fue hijo legitimo, y natural de Doña Ana de Toledo, y Arauz, muger que fue de Don Pedro Carrillo, y Guzman, que oy es Presidente, Gouernador, y Capitan General de Panamà por su Mageſtad; y que la dicha Doña Ana de Toledo, fue hija legitima, y natural de Doña Isabel de Toledo, Mendoza, Ponce de Leon, (poſſeedora que fue deſte mayorazgo, como hija segunda de la Casa de Zedillo) y de D. Francisco de Arauz, Alguazil mayor de la Audiencia de Seuilla: que deſte matrimonio tuuieron por su hijo legitimo a Don Pedro de Arauz, y Toledo, que casò cõ Doña Catalina de Aguilar, y dexò por su hijo legitimo a Don Luys Francisco de Arauz, y Toledo vltimo poſſeedor deſte mayorazgo, en que sucedio por muerte de Doña Isabel de Toledo su Abuela, representando la persona del dicho Don Pedro de Arauz su padre, que entonces yà era muerto.

2 Tambien es cierto, que Don Luys Francisco muriò sin succesion, y que de Doña Isabel de Toledo no ha quedado mas descendiente legitimo, que el dicho Don Francisco Antonio de Medina, y Toledo su nieto, y primo hermano del dicho Don Luys Francisco vltimo poſſeedor; en que funda el dicho Don Francisco Antonio tocarle la succesion deſte mayorazgo, y auerſele de dar la tenuta.

3 El Conde de Zedillo Don Baltasar Aluarez de Toledo, se opone a eſta pretension, y pide la tenuta, como poſſeedor de la Casa de Zedillo, en quien dize, auer lle

ga-

gado el caso de reintegrarse este mayorazgo, por nõ auer dexado succesion Don Luys Francisco vltimo posseedor; y pretende que para en este caso, y siempre que suceda, se halla el posseedor de dicha Casa de Zedillo, con llamamiento en las escrituras de fundaciõ.

Y aunque las clausulas estàn impressas, breuemente se supone lo que en ellas haze al punto del pleito.

4 El *D*octor don Bernardino de Alcaraz, y Toledo, Canonigo, y Maestreescuela de la Santa Iglesia de Toledo, hizo escritura de donacion, y fundò mayorazgo de ciertos bienes, por instrumẽto otorgado en Toledo, en 14. de *D*eziembre de 1542. años, en fauor de Antonio Aluarez de Toledo su sobrino, para èl, y sus hijos, y *descẽdientes legitimos* en forma regular; y a falta destos llamò a Luys Ponce de Leon su sobrino, y a sus hijos, y *descendientes legitimos* en la misma forma. Y a falta dellos al hijo segundo del, que a la sazõ fuesse posseedor del mayorazgo de Zedillo, con los vinculos, y condiciones del dicho mayorazgo, y en la misma forma, y con el llamamiento *de hijos, y descendientes*, que auia puesto en los antecedentes de Antonio Aluarez, y Luys Ponce. Y en esta fundacion puso clausula de representacion, poniendo en condicion a los *descendientes legitimos*, de los llamados, y es general para todos los succesores.

5 Despues en virtud de la clausula de reserua, para poder añadir, y quitar, hizo otra escritura en 25. de Agosto de 1543. En que hizo relacion de la fundacion antecedente, y dixo, que por quanto auia dispuesto por vna clausula; que no dexando hijos, ni descendientes legitimos Antonio Aluarez de Toledo, sucediesse Luys Ponce de Leon, y a falta de los hijos, y descendientes legitimos deste, sucediesse el hijo segundo del que a la sazon fuesse posseedor de la casa de Zedillo; y porque el dicho Luys Ponce auia muerto sin de-

dexar hijos, ni descendientes legitimos, mãdaua que se guardasse la orden siguiente, que es la clausula en q̃ funda su pretension el Conde de Zedillo, y en que se pone la dificultad deste pleito; y asi se referiràn a la letra las palabras que tocan al punto.

CLAVSVLA.

6 *Por tanto en lo que toca a los dichos Capitulos, quiero que se tenga, y guarde, y cumpla la orden siguiente: Que si vos el dicho Antonio Aluarez de Toledo, no dexaredes hijos, è hijas, è descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, è dexandolos;* aquellos, tales, y los que sucedieren, fallecieren en qualquier tiempo sin dexar hijos, y descendientes legitimos; *E naturales, è de legitimo matrimonio nacidos, y procreados de vos, ò de ellos: en tal caso, suceda en los dichos bienes de la dicha donacion el posseedor del mayorazgo que instituyò el dicho Hernando Aluarez de Toledo mi Señor, y Padre.*

Y teniendo dos hijos el posseedor de dicho mayorazgo, del dicho Hernando Aluarez mi Señor, aya los bienes de la dicha donacion suso incorporada, el segũdo hijo varon del dicho posseedor: el qual dicho segundo hijo suceda despues de los dias, y vida de su padre, que a la sazon posseyere el dicho mayorazgo, con los mismos vinculos, y condiciones *de la dicha donacion suso incorporada, &c.*

7 Y despues prosigue, dando forma para quando el posseedor de la Casa de Zedillo tuuiere vn hijo solo, y tuuiere hijas; y en este caso manda suceda la inmediata al varon; y lo mismo, quando solo tuuiere hijas sin varon; y que quando tenga vn hijo, ò hija sola, suceda este, y se torne a diuidir auiendo hijo segundo; y repite la condicion de la representacion, y en esta pone

ne en condicion *a todos los descendientes de los hijos q̃ huuiessen de suceder*: y prosigue en la clausula veinte y ocho, haziendo prouision especial para el *hijo tercero* de la casa de Cedillo, y llamandole a la sucessiõ deste mayorazgo, en caso de suceder el segundo de la casa de Cedillo en la casa principal della, por ser el primero posseedor de otro incompatible: y esta declaraciõ, y la donacion principal las boluio a ratificar por otra escritura de nueue de Diziembre de 1553. años.

8 Como el Conde de Cedillo pretende fundar su intento, en dezir, que no pueden suceder en este mayorazgo los trãsversales del vltimo posseedor; y cõ esso quiere excluir a esta parte, se vale de la sentencia de tenuta, q̃ se dio sobre este mayorazgo en 21. de Enero de 1650. años, litigada por vacante de D. Diego Ponce de Leon, que està num. 9. en el arbol, que murio sin sucessión, y sucedio en el como hijo segundo de D. Antonio Aluarez de Toledo posseedor del mayorazgo de Cedillo: y este pleyto se litigò entre Don Antonio Aluarez de Toledo Conde de Cedillo, y Dõ Gabriel de Toledo su hermano tercero, y a el salio tã bien la dicha D. Isabel de Toledo abuela de D. Francisco Antonio, a quien defiendo, hija del dicho Conde D. Antonio, coadjubando el derecho de su padre; y por auer muerto sin sucessión el dicho D. Diego, q̃ como hijo segundo de la casa de Cedillo, era posseedor deste mayorazgo, se dio sentẽcia de tenuta en fauor del Conde D. Antonio en conformidad de la clausula, porque el dicho don Gabriel no se hallò al tiempo de la vacante con la calidad *de hijo segundo*, ni fue sucessor de don Diego, en quien por esse titulo auia entrado el mayorazgo, como se ponderarà en el discurso deste papel.

9 Con esto dize el Conde, que tiene cosa juzgada en su fauor, y que como alli se excluyò a D. Gabriel por

tranverſal del hijo ſegundo de la caſa de Cedillo, vltimo poſſeedor: aqui tambien eſtarà excluido D. Frãciſco Antonio, por ſer tranſverſal del vltimo poſſeedor, aunque nieto de D. Iſabel, en quien como en hija ſegunda de dicha caſa de Cedillo entrõcò la ſucesſion deſte mayorazgo: eſte caſo quiere el Conde que ſea vna miſma coſa con eſſotro.

10 Y no ſe contenta con eſte medio de coſa juzgada, ſino quiere tambien, que ſea en ſu fauor la ſentencia de tenuta, que obtuuo D. Iſabel de Toledo, en q̃ venció a D. Antonio Ponce de Leõ, hijo de D. Gabriel, q̃ fue vencido por el Cõde D. Antonio Aluarez de Toledo, a quien ſucedio dicha D. Iſabel de Toledo, abuela deſta parte; porque dize el Conde D. Baltaſar, que repreſentando D. Antonio el derecho de D. Gabriel, ſu padre; y auiendole vencido D. Iſabel de Toledo, quedò executoriado ſegunda vez lo miſmo que antes en el pleyto de tenuta, en que fue vẽcido el dicho D. Gabriel por el Cõde D. Antonio; pero no ſe acuerda el Conde D. Baltaſar de que litigò el en eſſe pleyto, y fue vencido por D. Iſabel.

11 Al hecho referido ſe reduze el deſte pleyto, y en el quedan referidos los medios, por donde cada vno de las partes pretende la tenuta deſte mayorazgo; y en dos funda D. Franciſco Antonio ſu pretenſion: el vno por la naturaleza de la ſuceſsion, eſtando, como eſtà, en la linea ingreſſa del vltimo poſſeedor, tomando ſu principio de D. Iſabel de Toledo, abuela de ambos, q̃ entrò en dicha ſuceſsion como hija ſegunda de la caſa de Cedillo. El otro, por las clauſulas de la fundacion, en que ſe reconoce ſu llamamiẽto claro, y la excluſion, que por aora tiene el Conde de Cedillo: y aſsi eſte diſcurſo ſe reducirà a dos Articulos correſpõdiẽtes a eſtos dos medios.

12 Con gran ventaja ſe halla quien funda de derecho en la ſuceſsion,pues el q̃ le procurare excluir en fuerça de llamamiento, neceſsita de que eſte ſea claro, y euidente,y ſin duda alguna,como es concluſion corriente de los Doctores,y textual; y expreſſamente ſe prueba ex textu *in l.nuptura,ff.de iure dot*.ibi: *Niſi euidentiſsime contrarium probetur*,l.libertas, §.*fin.ff. de manumiſ.teſtam*.ibi: *Niſi aliud ſenſiſſe patremfam. manifeſtiſsimis rationibus probauerit*,l. ſi plures,*ff.de vulgar*. ibi: *Niſi alia forte fuerit mens teſtatoris: quod vix credendum eſt, niſi euidenter fuerit expreſſum*,l.Lucius, §.*quæſitum,ff.de leg*.3.l.1.*C. de condit. inſertis*, ibi: *Niſi alia defuncti voluntas euidenter probetur.*

13 Y en juyzios poſſeſſorios procede eſto cõ mas inſtancia, pues el que tiene las reglas por ſi, vence,no ſolo en caſo claro,ſino enel dudoſo,*Bart.in l.*1.§.*ſiquis in duobus,ff.de bonor.poſſeſ.ſecund.tab*. Iaſ. *in l.fin. C. de edict.D.Adrian.tollend.num.*30. & ibi *Zucchard. num*.410.Achiles perſonal *de adiſpiſc.poſſeſ.nu*.576 porque como dixo *Baldo conſ*.435.*num*.1.& 2.*lib*.4 ſiempre la cauſa ſe decide en fauor del que funda de derecho: *Socin.conſ*.156.*num*.18.*verſ.Præterea, lib*.2. Corneus *conſil*.198.*numer*.3.*libr*.3. Decius *conſil*. 424.

14 Y como dixo tābien *Baldo in l.*2.*C. de bonor.poſs. ſec.tab.num*.5.& *in l.precibus,num*.23.*C.de impuber*. la regla,y diſpoſiciõ de derecho no ſe deſvanece por conjeturas,y probanças dudoſas.

15 Y aſsi en nueſtros terminos lo reſoluieron todos los Doctores,vt comprobāt late *Dom. Mol.lib*.3. *de Hiſpanor.primog.cap*.4.*a num*.32.& ibi: *Addentes,n*.39. Surdus *conſ*.316.*num*.18. Mieres *de maiorat*.2. *par.q*.6.*num*.97.Dom.Valenç. *conſ*.97.*nu*.167.&

216

216. Castillo *tom.5.cap.93.num.16.& cap.130.n.2.* *& cap.139.a num.1.& cap.* 180. latius *nu.16.* Grat. *discept.621.a num.3.tom.4.* Capic. Galeota *lib.1.controuers.15.a num.1.ad* 10.

16 Y los Doctores referidos hablan en todos los casos, en que se trata de excluir a la linea de substancia, y concluyen, que las congeturas que asistieren de la voluntad del fundador en fauor del que trata de excluir a los que se hallan en linea de substancia, han de ser claras, y euidentes; y tales, que no quede duda en la materia, ad tex. in *l. quidam testamento, ff. de vulgar. l. licet Imperator, ff. de leg.* 1. cum similibus *l. si tutor petitus, vbi glos. C. de petit. tut.* Dom. Molin. *dict. cap.* 4. *numer.* 39. Castillo, & cæteri relati vbi supra num. 15.

17 De que resulta el argumento que se ha de formar para el vencimiento deste negocio; pues si hallandose don Francisco Antonio con todas las reglas, y assistencias de derecho para la sucessiō deste mayorazgo, le pretende excluir el Conde *D.* Baltasar, por dezir que estan limitadas las reglas por la disposiciō del fundador, para el caso deste pleyto, y que ha llegado el, de suceder el posseedor de la casa de Cedillo, es preciso, que muestre ser caso claro, y llamamiento expresso en los terminos deste pleyto; y el que pretēde auer llegado el caso de su substitucion, ha de probarlo con claridad, mostrandolo en el instrumēto, en que funda, vt ex *Socino, Aymon, Riminaldo,* & alijs obseruauit *D. Valenç. dict. cons. 97. nu.* 216. *D.* Solorç. *tom.2.lib.2.cap.19.nu.*3.

18 Y mientras el Cōde no mostrare su derecho, y pretension en la forma referida, es preciso que vença *D.* Francisco Antonio, que se halla por las disposiciones legales, con substituciō anterior a la dela casa de Cedillo; & dum adest prior substitutus non datur locus poste-

posteriori, ex text. in *l. quandiù institutus* 79. *cum l. quandiù* 3. *ff. de acquir. hæredit.* l. cum. in testamẽto 37. *ff. de hæred. instit.* l. 4. *ff. de iniust. rupto*; l. in cõditionibus primum locum 19. §. 1. *ff. de cõdition. & demonstr.* l. 2. §. 3. *ff. de bonor. poss. sec. tab.* l. post aditam 5. *C. de impuberum*, Mantic. *de coniecturis lib.* 4. *tit.* 1. *n.* 14. Casanate *cons.* 1. *n.* 58.

19 Y el Conde no puede mostrar, ni aun derecho dudoso, en que funde su pretension; de quo, art. 2. pero don Francisco Antonio funda el suyo en la disposicion del fundador, de quo etiam dict. art. y en la de derecho.

20 Porque es constante (como se ha referido) que sucedio doña Isabel de Toledo y Mẽdoza su abuela en este mayorazgo, como hija segunda de la Casa de Cedillo, por muerte de don Antonio Aluarez de Toledo, Conde de Cedillo, posseedor que fue, y sucessor deste mayorazgo, por muerte de don Diego Ponce de Leon, sucessor que fue del; como hijo segundo desta Casa, y como quando sucede el Cõde de Cedillo, no constituye sucessiõ precisa de descendientes en la forma ordinaria, y regular; porque en muriendo passa la sucession al hijo segundo de su Casa, este (como lo fue dicha doña Isabel de Toledo, abuela desta parte) que no la tiene limitada, constituye, como constituyò dicha doña Isabel, linea de sucession para si, y para todos sus descendientes, como qualquier sucessor la constituye, sino ay disposicion especial del fundador en contrario, como dixo el text. in *l. cũ ita*, §. *in fideicommisso*, *ff. de leg.* 2. ibi: *Nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.*

21 Y esta conclusion que se ha presupuesto en el numero antecedente, es legal, y corriente, ex text. *in cap.* 1. *tit. de success. fratr. & grad. succed.* in vsibus

conclusio antecedens est legalis

feudorum, ex quo notant communiter DD. ibi: *Mortuo enim eo, qui beneficium tenebat, prima causa liberorum est, filijs enim existentibus masculis, vel ex filio nepotibus, vel deinceps, &c. cæteri remouentur agnati*, text. in *cap. 1. de success. feudi*, & ex antiquis comprobauit *D. Molina de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 34.* ibi: *Omnes qui descendunt ab ipso, qui successionem occupauit, dicuntur esse ex eius linea*, & ex Decio, & alijs comprobauit *Mieres de maioratu 2. part. quæst. 6. num. 70.* Castillo *tom. 5. cap. 93. n. 6. & seqq. & in tot.*

22 Y por esso la sucession ha de discurrir primero por todos los descendientes del que cõstituyò linea, antes que passe a otros llamamientos (como aqui es preciso que discurra por todos los descendientes de doña Isabel de Mendoça, que dexò constituida linea de sucession para ellos, antes que pueda hazer transito la sucession deste mayorazgo a otros llamados) como es conclusion juridica, y llana por el text. *in cap. 1. de natura success. feudi*, donde se decide la duda de la sucession, muerto el vltimo posseedor, sin dexarla, ibi: *Decesserit nullo filio relicto, &c.* Y se resuelue, que en este caso suceden los que se hallan mas proximos al vltimo posseedor, en la linea de sucession, constituida por el ascendiente comun suyo, y del que pretende, ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*: vt ibi notauit Isernia, porque la decision, *ex*, repetida en las palabras que se han referido, supone causa inmediata, y comun, ex text. in *l. 1. §. nunc videamus, ff. de coniung. cum emancip. lib. eius*, vt notarũt *Mieres de maioratu 2. part. quæst. 6. num. 18. & quæst. 7. num. 14.* Castillo *lib. 5. cap. 93. n. 33.*

23 Y assi comprehende a todos los descendiẽtes del successor, de quien procede el vltimo posseedor del

ma-

mayorazgo, y se prefieren los tales descendientes, no solo hallandose en la linea efectiua, sino en la contentiua deste, por donde el deriuò la sucession, vt comprobarũt latè *Dom. Couarrub. practic. capit.* 38. *num.* 6. *&* 12. *&* 3. *variar. cap.* 5. *num.* 5. Dom. Molina *de primogen. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. *&* 14. *& cap.* 6. *num.* 30. *&* 31. & vtrobique *addentes*, *& cap.* 8. *num.* 17. explicat Gutierrez *lib.* 3. *practicar. quæst.* 68. *num.* 54. Ceuallos *quæst.* 905. *à numer.* 91. Robles *de representatione lib.* 3. *cap.* 4. *nu.* 10. Ioseph. Ramon *cons.* 100. *num.* 483. Castillo *lib.* 3. *capit.* 19. *num.* 95. *& seqq. & lib.* 5. *cap.* 91. *nu.* 62. *& cap.* 92. *num.* 35. & latius *cap.* 93. *num.* 3. *&* 6. & precipuè, *num.* 14. ibi: *Quia vt succedant transuersales primi possessoris, & institutoris etiam, si deficiant descentes vltimi possessoris maioratus, ascenditur quærendo cõtinuationem lineæ, non modo vsque ad primum possessorem, sed etiam suos patres, qui sunt suæ lineæ contẽtiuæ, & ita gradatim vsque ad vltimum de familia, vt aduertit Alciat. in l. pronuntiatio, §. familiæ verbo vltimi, de verbor. signif. Molina lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 40. y repite la misma conclusion *lib.* 6. *cap.* 138. *&* 140. *& cap.* 143. *§. vnic. num.* 13. donde pondera el *consejo de Baldo* 334. *n.* 6. *&* 10. *lib.* 3.

24 Y de a hy procede la prerrogatiua de linea, a que se atiende primero en las sucesiones, y despues al grado, y sexo, y el no poderse hazer transito de vna linea a otra, hasta acabados todos los descendientes de la linea ingressa, vt optimè, *D. Molin. lib.* 1. *c.* 3. *num.* 12. *& cap.* 4. *num.* 13. *&* 14. *& cap.* 6. *num.* 30. *&* 31. & ex pluribus comprobarunt *Addentes dict. cap.* 4. *n.* 13.

25 Y de tal manera se hallan en la linea de sucesion los transversales del vltimo possedor, pero descendientes tambien del que la constituyò, que se dizen

estar

eſtar en linea recta de ſuceſsion (que *Baldo dict. cõſ.* 334. *num.* 10. *vol.* 3. llamò linea de ſubſtancia) vt ex *l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. conſiderauit *D. Valẽnç. conſ.* 97. *num.* 167. & ex Saliceto, & Baldo notauit *Menoch. conſ.* 1250. *numer.* 24. & expluribus comprobauit *Caſtillo dicto cap.* 93. *num.* 24.

26 De los fundamentos referidos ſe reconoce la juſticia clara deſta parte, pues hallandoſe, como es cierto, y ſe ha fundado en linea preciſa de ſuceſsiõ, de la qual no ſe puede hazer tranſito a otra, ni paſſar la ſuceſsion a otro llamado, no puede el Conde de Cedillo introducirſe en la ſuceſsiõ deſte mayorazgo; pues como ſe ha notado tambien, para que tuuiera fundamento ſu pretenſion, y pudieſſe excluir al que ſe halla con la aſsiſtencia de derecho para ſuceder, era forçoſo q̃ moſtrara euidentemente auer llegado el caſo de ſu llamamiento, y ſubſtitucion, y auer diſpoſicion clara en la fundacion deſte mayorazgo excluſiua de los deſcendientes del hijo ſegundo de la Caſa de Cedillo, que no procedian del hijo mayor deſte; lo qual no ſe hallarà, ni percibirà en toda la fundacion, y eſto ſolo le baſtaua a eſta parte para obtener en eſte juizio de tenuta; pero para mayor demonſtracion de ſu juſticia, no ſe contenta con eſſe medio, antes funda ſu pretenſion en la miſma clauſula, de que ſe quiere valer el Conde de Cedillo para la ſuya, como ſe ajuſta por los fundamentos del articulo ſiguiente.

ARTICVLVS SECVNDVS.

27 Queda aduertido en la ſupoſicion del hecho, que la ſuceſsion deſte mayorazgo ſe ha deferido, y deue deferir por las diſpoſiciones de catorce de Diziembre de 542. y de 25. de Agoſto de 543. y en la prime-

mera dispuso el fundador en fauor de Antonio Aluarez de Toledo, y sus hijos, y descendientes en forma regular, y a falta destos llamò a Luis Pōce de Leō, y a los suyos en dicha forma, y faltando ellos, llamò al hijo segundo del que a la sazon fuesse possedor de la Casa de Cedillo, y puso por regla: *Que cada, y quando que el posseedor de dicho mayorazgo tuuiere dos hijos, que el segundo dellos suceda en estos dichos bienes, y lo mismo se guarde en las hijas, y a falta de hijos varones, en sus hijos, y descendientes.*

28 Por manera que en esta disposicion estan llamados el hijo segundo de la Casa de Cedillo, y sus hijos, y descendientes, como se comprueua tambien de que al fin de la clausula, diziendo, que prefiera el varon a la hembra, y el mayor al menor, añade *de la manera que dicho es*, que son palabras relatiuas a los llamamientos antecedentes, y assi como en ellos estan llamados los hijos, y descendientes de Antonio Aluarez de Toledo, y Luis Ponce de Leō, estan llamados tambien los del hijo segundo de la Casa de Cedillo, que sucediere (demas del llamamiento claro dellos que se ha referido, y consta de la clausula) en fuerça de las palabras relatiuas que se han notado, cuya fuerça es incluir todo lo antecedēte que no sea impropio, ex text. *in l. prout quisque, ff. de solutionib. l. asse toto, ff. de hæred. institut. l. si ita, ff. de condit. & demonstrat.* cum similibus *Peregrin. de fideicommiss. art. 26. n.* 11. D. Valenç. *consil. 97. n.* 190. cum alijs.

29 En la segunda disposicion de veinte y cinco de Agosto de 1543. no alterò el fundador la forma del llamamiento, que auia hecho en el hijo segundo de la Casa de Cedillo, sino solo el tiempo; porq̃ auiēdo dispuesto en la escritura de 542. que a falta delos hijos, y descendientes de Luis Ponce de Leon, se-

gundo

gundo llamado, sucediesse el hijo segundo, que a la sazon fuesse de la Casa de Cedillo, alterò esto, refiriendo los llamamientos que auia hecho en Antonio Aluarez, y dicho Luis Ponce, y diziendo, que por auer muerto este sin hijos, y descendientes, mādaua, que se guardasse el orden siguiente: y este fue, que a falta de los hijos, y descendientes del dicho Antonio Aluarez de Toledo, sucediesse en este mayorazgo el posseedor que a la sazon fuesse de la Casa de Cedillo, y que muriendo este, y dexando dos hijos, sucediesse por su muerte el segundo dellos, y añade: *Con los mismos vinculos, y condiciones de la dicha donacion suso incorporada.*

30 Con que en fuerça destas vltimas palabras vniò el fundador està disposicion con la de 14. de Diziembre de 542. (que es la donacion a que se refiere) para que ambas sean vna misma, y el llamamiento del hijo segundo, y forma de suceder el, y sus descendientes, no quedò mudado, ni alterado en cosa alguna, sino antes es forçoso, y repetido, y solo huuo de diferencia entre estas dos disposiciones, el anteponer en la segunda, posseedor de la Casa de Cedillo a su hijo segundo, llegando el caso desta sucession.

31 De que resulta, que en el llamamiento del hijo segundo de la Casa de Cedillo, por disposiciones legales, aunque no huuiera la extension de estar llamados hijos, y descendientes, estan llamados estos, y comprehendidos, ex text. *in l. iusta interpretatione, l. filij, l. liberorum, ff. de verb. signif.* D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. Gutierr. 2. *practic. quæst.* 92. *num.* 4. cum alijs quam pluribus congestis per *Addentes ad Molin. d. cap.* 6. *n.* 28. & 29.

32 Y esto procede, no solo en fundacion hecha por ascendiente, sino en la de transversal en que tābien, en

en qualquiera de los llamamientos està incluido, y tacitamente comprehendido el de hijos, y descendientes de cada vno de los llamados, vt patet ex tex. *in l. Lutius Titius* 85. *ff. de hered. instit.* que hablãdo de transversales, respecto del fundador dixo: *Nõ enim fratrem solum prætulit substitutis; sed & eius liberos.* Et facit text. *in l. vxorem*, *§. concubinæ*, *ff. de leg.* 1.

33 Y esto procede por la naturaleza de la sucession de los mayorazgos, en que como la linea començada, se ha de seguir hasta que se acaben todos los que proceden della, començandola desde el que fue sucessor, ò yà esten en la efectiua, ò yà en la contentiua del vltimo posseedor, vt diximus art. 1. y como en los mayorazgos de España ay representacion en la sucessiõ de los transversales, ex *l.*40. *Tauri*, vt latè comprobauit *Castillo lib.*3. *cap.* 19. *à num.*86. de a hi procede, que en el llamamiento de qualquiera està comprehendido el de sus hijos, y descendientes, aunque el fundador sea transversal del llamado.

34 Y por estos, y otros fundamentos comprobaron latamente esta resolucion *D. Couarrub. practicar. quæst. cap.* 38. *num.* 12. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 37. ibi: *Clarissimum namque est maioratum, siue in persona descendentis, siue transversalis, instituatur semper inter descendentes eiusdem, in cuius persona instituitur, perpetuum futurum esse*, Mieres de maioratu 4. *part. quæst.* 1. *num.* 20. Ceuallos *quæst.* 694. *num.* 1. Peregr. *cons.* 31. *num.* 17. *lib.* 2. *& cons.* 52. *lib.* 3. comprobauit latè *Castillo lib.* 6. *cap.* 166. *à n.* 27.

35 Y solo quando consta de voluntad contraria del fundador, se limita esta resolucion, y en el llamamiento especial de persona no se incluye el de hijos, y descendientes con la generalidad referida, como

se

se reconoce en la fundacion deste mayorazgo en el llamamiento especial que se hizo al posseedor de la Casa deCedillo en los casos q̃ en ella se contienen, el qual fue personal para el mismo, sin que en el se incluyesse el de sus hijos, y descendientes; pues aunq̃ el hijo segundo sucede despues de la muerte del dicho posseedor, es por prouision especial del fundador, no en fuerça de la sucesion del padre.

36 Y asi limitaron la *l. cum auus* 100. *ff. de condition. & demonstrat.* y la *l. cum accutissimi, C. de fideicomm.* Socin. in dict. *l. cum auus, num.* 38. Dec. *cons.* 581. *num.* 5. Hieron. Gratian. *cons.* 5. *n.* 10. *lib.* 2. Eman. Costa *in cap. si pater,* 1. *part. verbo si absque liberis, num.* 10. *de testamentis, in* 6. Menoch. de *præsump. lib.* 4. *præsumpt.* 98. *nu.* 94. Dom. Larrea *decis.* 33. *n.* 102. *& decis.* 51. *num.* 29.

37 Demas de que en todos los llamamientos que se han aduertido desta fundacion, *ay el de hijos, y descendientes*, como se vè en el llamamiento de Antonio Aluarez, y Luis Ponce, a los quales se refiere el del hijo segundo de la Casa de Cedillo, y se haze con las mismas calidads, y cõdiciones que aquellos, vt diximus nu. 28. y en las dos clausulas que en ambas fundaciones disponen sobre la representacion, estan puestos en condicion *todos los hijos, y descendientes de los llamados*: y lo mismo se halla dispuesto en la clausula en que està llamado el possedor de la Casa de Cedillo en la escritura de 25. de Agosto de 543.

38 Y con mucho menos, en terminos de mayorazgo fundado por transversal, aun los Doctores que sienten, que generalmente en el llamamiento de persona no se comprehende el de hijos, y descendientes, resueluen, que se limita su resulució, quãdo, ò estan puestos en condicion los hijos, y descẽdien-

dientes de los llamados, ò ay otras congeturas de q̃ esto se pueda percebir, *Fussar. de substit. q.* 321. *à nu.* 11. Castillo *d. cap.* 66. *n.* 52.

39 Y esta conclusion corre sin disputa entre los Doctores, aunque el vltimo posseedor muera sin sucession, y traten de suceder sus transversales, pero descendientes del llamado, de quien procedio el dicho vltimo posseedor; vt patet ex text. *in l. cognoscere, §. liberorum, ff. de de verb. signif. l. sed si hac, §. liberos, ff. de in ius voc. l. fin. C. de suis; & legit. hæred.* comprobarunt *Mieres de maior.* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 3. *num.* 4. Gutierrez 2. *practicar. quæst.* 92. *nu.* 4. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 21. *vbi Addentes.*

40 Pero aunque el fundamento del Conde de Cedillo, se pone en la clausula veinte y cinco de la escritura de veinte y cinco de Agosto de 543. en ella misma hallamos el llamamiento de todos los hijos, y descendientes del hijo segundo de la Casa de Cedillo, que fuesse sucessor deste mayorazgo: y si alli no se halla esta comprehension, no puede hallarse tampoco llamamiento del posseedor de la Casa de Cedillo, general, para en el caso de faltar la descendẽcia del hijo segundo de dicha Casa, q̃ en qualquier tiempo sucediere.

41 Esto se reconoce con euidencia, atendiendo a lo literal de las palabras, y a la construccion dellas; porque auiendo referido el fundador el llamamiẽto de Antonio Aluarez de Toledo, y aduertido que auia cessado el de Luis Ponce de Leon, por auer muerto sin hijos, ni descendientes, và continuando, con el llamamiento presupuesto de Antonio Aluarez, los demas que iba haziendo, y dize: *Que si vos el dicho Antonio Aluarez de Toledo no dexaredes hijos, è hijas, è descendientes legitimos, &c. E dexandolos: aquellos tales, y los que sucedieren, fa-*

llecieren en qualquier tiempo, ſin dexar hijos, è deſcendientes legitimos, è naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados de vos, ò de ellos; en tal caſo suceda en los dichos bienes de la dicha donacion el poſſedor que a la ſaçon fuere del mayorazgo que fundò el dicho Hernando Aluarez de Toledo, &c.

42 En eſta clauſula eſtan preuenidos tres caſos, en que ha de ſuceder el poſſeedor de la Caſa de Cedillo: los dos que tocan a la ſuceſsion de Antonio Aluerez de Toledo, y ſon, ò no dexando eſte hijos, ni deſcendientes, ò dexandolos, faltando eſtos, en qualquiera deſtos dos caſos deuio ſuceder el poſſeedor de la Caſa de Cedillo; y por auer llegado el primero, y muerto ſin ſuceſsion el dicho Antonio Aluarez, ſucedio don Antonio Aluarez de Toledo poſſeedor de la Caſa de Cedillo, numer.7. en el arbol.

43 El tercer caſo que preuino el fundador en dicha clauſula, fue general, en que comprehendio a todos los que fueſſen ſuceſſores en eſte mayorazgo, para que en qualquier tiempo que faltaſſen los deſcendientes deſtos, ſucedieſſe el poſſeedor de la Caſa de Cedillo, como conſta de que auiendo dicho: *E dexandolos* (en que hablò de los deſcendientes de Antonio Aluarez) *aquellos tales* (que es relatiuo de dichos deſcendientes) dixo: *Y los que ſucedieren*, que ſon palabras en que ſe comprehenden todos los ſuceſſores que en qualquier tiempo lo fueſſen deſte mayorazgo.

44 Y eſto es innegable por muchos medios. Lo vno, porque auiendo proueido el fundador en los dos caſos de morir ſin ſuceſsion Antonio Aluarez, ò de faltar los deſcendientes del, vsò de la diccion, *Y*, para continuar las palabras que ſe ſiguen, ibi: *Los q̃ ſucedieren*; y eſta diccion ſiempre ſe preſume pueſta in-

inter diuersa ex text.*in cap.cum olim, de testib*.Alex. *cons*.168.*num*.10.*vol*.5.Gonçalez *sup.reg*.8. *glos*.3. *num*.11.Surd.*cons*.315.*numer*.17. y si las palabras, *y los que sucedieren*; comprehenden cosa diuersa de lo que han comprehendido las antecentes, no pueden auerse puesto para comprehender los descendientes de Antonio Aluarez; de quibus iam specialiter erat prouisum, ex text.*in l.doli clausula, ff. de verb.obligat.l.cum in testamento*, §.*fin.ff.de hæred. instit.cum similib*.Surd.*cons*.456.*n*.48.

45 Y assi es pricisso, que como palabra indefinida, q̃ corresponde a vniuersal, comprehenda a todos los que fueren sucessores, y consiguientemente en dicha clausula esten comprehendidos los hijos, y descedientes destos, ex text.*in l.si pluribus, ff.de leg*.2. *l.si plures* 98.*ff.de leg*.3. cũ similib. Menoch.*cõs*.97. *num*.154.Surd.*de aliment.tit*.5.*quæst*.1.*numer*.13. Fusar.*de substit.quæst*.343.*n*.4.

46 Y porque por la naturaleza de la locucion plural; comprehenden estas palabras a todos aquellos que fueren sucessores deste mayorazgo, en quien no huuiere disposicion especial (como la ay en el posseedor de la Casa de Cedillo, que està llamado a falta de los descendientes de todos los sucessores) vt patet ex text. *in l.legato*, §.*qui plures, ff.de leg*.2. *l. libertas*, §.*fin.vbi notauit Bart.ff.de manumiss.testam.* & comprobauit ex pluribus *Castillo cap*.120.*num*.2 *& cap*.121.*à num*.3.*& nu*.36.donde hablando de las substituciones fundò, que pluralitas non resoluitur in singularitatem, nisi quando aliter expediri nõ potest dispositio, como en el llamamiento de hijos, y descendientes, basta que aya vno, para que tenga cumplido efecto la disposicion.

47 Deinde, porque la palabra, *sucessor*; aun en numero singular puesta, in fideicommissis, comprehen-

hende à todos aquellos que fueren sucessores, in quocumque tempore, vt ex text. *in Clem. dudum, de sepultur.* & ex *Bart. in l. Gallus*, §. *etiam si parente, ff. de liber. & posth.* notauit Fusar. *de substit. quæst.* 343. *num.* 2.

48 Y esto se esfuerça mas, porque el fundador en dicha clausula dixo: *Y los que sucedieren, fallecieren en qualquier tiempo, sin dexar hijos, &c. en tal caso suceda el posseedor que a la saçon fuere del mayorazgo q̃ instituyò el dicho Hernando Aluarez, &c.* Con que por la palabra. *en qualquier tiempo*, comprehendio à todos los sucessores, que siempre huuiesse, y puso en condicion a todos los hijos, y descendientes de estos, & sic omnes intelliguntur comprehensi, pues todos estã aptos a ser coprehẽdidos, ex text. *in capit. solitæ, de maior. & obed.* Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 198. *num.* 21. Barbos. *de diction. dict.* 317. *in tota, & num.* 12.

49 Mayormente, auiendo vsado en esta clausula de la palabra restrictiua, *en tal caso*, porque auiendo hablado antes de los sucessores en plural, ibi: *Y los que sucedieren*, y puesto en condicion a los *hijos*, y *descendientes* inmediatamente, es preciso que comprehenda a todos los que lo fueren de los sucessores que en qualquier tiempo huuiere, vt comprobatur ex his quæ notauit *Menoch. consil.* 1028. *n.* 23. Pereg. *de fideicomm. art.* 13. *n.* 65. Fusar. *de substit. quæst.* 473 *num.* 75.

50 Puesto que si la clausula hablò de todos los sucessores, y dixo, que a falta de los hijos, y descendientes destos, sucediesse el posseedor de la Casa de Cedillo, ex hoc quod positi sunt in conditione censentur vocati omnes isti descendentes ex iuris interpretatione ad text. *in l. cum auus, ff. de condit. & demonstr.* Dom. Molin. *de primogen. lib.* 1. *cap.* 6. *nu.* 2.

&

& 3. vbi Addentes Caſanáte *conſ.48.num.78.*& ex pluribus D. Larrea *deciſ.40.numer.2.& deciſion.54. num.2*

51 Y el que en eſta clauſula eſten llamados, y comprehendidos los *hijos*, *y deſcendientes* de todos los que ſucedieren en qualquier tiempo; deue ſer preciſa inteligencia, y pretenſion del Conde de Cedillo; porque pretende, que le toca la ſuceſsion deſte mayorazgo; tantas, quantas vezes ſucediere no auer deſcendientes de qualquier ſucesſor; y eſto no eſtà preuenido por el fundador en otra alguna clauſula de las dos eſcrituras; ſino es en eſta, porque ſolo en ella tiene llamamiento el poſſeedor de la Caſa de Cedillo; y en ella no ay donde pueda fundar, ſino es en las palabras que ſe han ponderado: luego preciſo es, que ò ſe ayan de entender de los hijos, y deſcendientes de todos los ſuceſſores, ò que el Conde de Cedillo; no tenga llamamiento para reiterar eſta ſuceſsion en ſu caſa, tantas, quantas vezes ſucediere no auer deſcendientes delos ſuceſſores deſte mayorazgo.

52 El Conde de Cedillo, ſiendolo literal deſta diſpoſicion tan claro, y que no neceſsita de mas argumento para ſu inteligencia, que la conſtruccion gramatica de las palabras, ſe vale de vn medio muy aſpero, y extraordinario, que ni tiene cabimiento en ellas; ni ſe ajuſta a derecho, ſino antes es contra las diſpoſiciones legales: porque dize, que aunque ſea aſsi, que en eſta clauſula eſtèn comprehendidos, y pueſtos en condicion, y conſiguientemente llamados todos los hijos, y deſcendientes de los que ſucedieren, pero que eſto ſe ha de entender, no ſiẽdo tranſverſales del vltimo poſſeedor, aunque procedan del ſuceſſor, de quien el dicho vltimo poſſeedor fue deſcendiente al modo de las donaciones

Henriqueñas de que hablò la *l.11.tit.7.lib.5.Recop.* Y con esto concluye, que siendo don Francisco Antonio de Medina y Toledo transversal, respecto de don Luis Francisco de Arauz y Toledo, vltimo posseedor, aunque nietos ambos de doña Isabel de Toledo, que como hija segunda de la Casa de Cedillo posseyò este mayorazgo, no tiene llamamiento en la clausula de la fundacion, sino antes esclusion, como no descendiente del vltimo posseedor; con què concluye auer llegado el caso de suceder su Casa, y el como posseedor della.

53 Este fundamento. Lo primero, no se ajusta a la clausula, ni en ella ay palabra de donde se pueda inducir, ni aun imaginar, porque como se ha fundado, y discurrido, aqui solo està llamado el posseedor de la Casa de Cedillo a falta de hijos, y descendientes de todos los que fueren sucessores en este mayorazgo en qualquier tiempo. Y esto demas de dezirlo la letra de la disposicion, es conforme a derecho, porque qualquier sucessor, como se fundò artic. 1. constituye linea de sucesion, para si, y para todos sus descendientes, de tal manera, que primero han de auerse extinguido todos, y antes que passe la sucesion a otro llamado, ò a otra linea, vt diximus etiam num.31.32.& seqq. en caso tambien de ser el que pretende la sucesion trãsversal del vltimo posseedor, pero ambos descendientes del ascendiente comun que constituyò la linea de sucesion.

54 Y como la palabra, *y los que sucedieren*, significa todos los que fueren sucessores, no se puede entender del vltimo posseedor solamente, como quiere la parte contraria, para que el que no fuere descendiente deste, quede excluido de la sucesion, pues la palabra no significa esso, ni es lo mismo *sucessor*, que *vltimo posseedor*, ni tal se probarà juridicamente,

te, antes serà inteligencia contra las reglas de la sucession, y disposiciones de derecho.

55 Y quando no fuera materia tan clara, y huuierà duda, en si las palabras de la clausula se auian de entender de hijos, y descendientes del vltimo posseedor; ò de qualquiera de los sucessores; se auia de juzgar por la inteligencia que fuesse mas ajustada a las reglas; y disposiciones legales, no por la imaginaria del pretendiente, vt in terminis notarunt; *Bart. in l. hæredes mei*, §. *cum ita*; *ff. ad Trebell.* Menoch. *cons.* 215. *nu.* 117. Fusar. *de substit. quæst.* 320. *num.* 49.

56 Y el exemplo con que se apoyò por el Abagado del Conde de Cedillo, la inteligencia que dàn a la clausula, que es el de las donaciones Henriqueñas, de quibus in d. *l.* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. no se ajusta a los terminos deste pleito, porque la clausula del testamẽto del señor Rey Don Enrique, que por ley mandaron guardar los señores Reyes Catolicos, y el señor Rey D. Felipe Segundo; que limitò las donaciones hechas por el dicho señor Rey D. Enrique, tuuo por notorio el que esto fue por el excesso con que las auia hecho en perjuizio de la Real Corona, como aduierte la misma *ley* 11. in princip. que como el señor Rey D. Enrique entrò en la sucession del Reyno, auiendo muerto violentamente al señor Rey D. Pedro su hermano; y para assentar la possession en el Reyno, necessitò valerse de todos los Nobles, y poderosos del, como lo refieren los Historiadores antiguos, y modernos, & ex eis *Paz. de tenut.* 2. *p. cap.* 57. *à num.* 1. de ahi resultò la limitacion que el mismo señor Rey D. Enrique puso en estas donaciones.

57 Pero desto no se puede sacar argumento, ni raçõ para querer entender en esta misma forma la clau-

su-

ſula de la fundacion, ſobre que ſe litiga, vtpote quid diuerſum, *l.inter ſtipulantem*, *§.ſacram.ff.de verb.obligat.l fin.ff.de ritu nupt.*cum ſimilibus Dec. *conſ.394.num.3*.Surd.*conſ.67.n.19*.Mayormente, quando ſi eſte exemplo pudiera ſeruir para eſte caſo, no huuiera ſuceſsion fixa en los mayorazgos, en que huuiera reuerſion: y el caſo de la que ſe diſpone a la Caſa de Cedillo, es en ſuſtancia vna ſubſtitució que no llega, ni puede llegar, haſta auerſe acabado todos los deſcendientes del hijo ſegundo, en quien entrò la ſuceſsion, y eſto por diſpoſicion de derecho, y del miſmo fundador; y pues para limitar las donaciones Heriqueñas, ſe neceſsitò de ley, y que eſta ſe fundaſſe en derecho publicho, como es auer quedado exhauſto el Real Patrimonio, no puede caſo tan irregular hazer conſequencia para el nueſtro, ni por via de exemplo, ni por via de diſpoſició, maximè, quando aun en terminos de dichas donaciones, ſe reconoce tanta dificultad en la materia, como aduirtio el ſeñor Luis de Molina *lib.1.cap.6. num.21.*

58 Deinde, lo que ſe opone por el Conde de Cedillo, en raçon de las executorias, tiene mucho menos fundamento: porque la primera executoria de que ſe vale, es la que ſe litigò por muerte de D.Diego Ponce de Leon, que ſucedio como hijo ſegundo de la Caſa de Cedillo, y murio ſin hijos, ni deſcendientes, entre D.Antonio Aluarez de Toledo Conde de Cedillo, num.9.y D.Gabriel de Toledo Ponce de Leon ſu hermano tercero, num.11.el qual fue vencido en dicho pleito por el dicho Conde D.Antonio, de que infiere el Conde D.Baltaſar, que oy litiga, que pues alli perdio D.Gabriel, ſiendo hermano del vltimo poſſeedor, fue porque no ſuceden los tranſverſales del vltimo poſſeedor, ſino los hijos, y deſcendientes.

Pero

59 Pero engáñase notoriamente en esta inteligencia, y en creer que los terminos de aquel pleito, son como los deste. Y aunque es assi, que la sentencia dada sobre fideicommisso, y modo de suceder en el, obra mucho para los casos semejantes; ad quod facit text. *in l. Stichus* 12. *ff. de leg.* 3. Peregr. *cons.* 35. *num.* 5. *lib.* 4. Menoch. *cons.* 501. *numer.* 21. Fusar. *de substit. quæst.* 502. *num.* 5. *&* *quæst.* 622. *in tot.* Y lo juzgado en juizio possessorio, obsta en otro del mismo genero, etiam inter diuersas partes, vt ex doctrina *Ioan. Fabri in* §. *retinendæ*, *numer.* 27. *instit. de interd.* notarunt *Menoch. de retinenda remed.* 3. *nu.* 819. Noguerol. *allegat.* 25. *num.* 151. vbi ex *Baldo in l. si iudex, ff. de his qui sunt sui*, *n.* 6. funda lo mismo en las vias executiuas.

60 Pero lo vno, y lo otro procede quando exactamente corren vnos mismos terminos en el vno, y otro caso, y si en el decidido se huuiere defendido con puntualidad la materia, vt ex *Pinello, Parisio, & Peregr.* comprobauit *Fusar. dict. quæst.* 622. *num.* 26. y en terminos de tenuta lo dixerõ *Paz de tenut. cap.* 4. *num.* 21. *& cap.* 43. *à num.* 1. Noguerol. *dicta allegat.* 25. *num.* 136. *& num.* 152. ponderando la raçon de la *l. cum quæritur*, y la *l. & an eadem, ff. de except. rei iudic.*

61 De que resulta quan sin fundamento es la instancia que en esta sentencia de tenuta se haze por el Cõde, que litiga, porque los terminos, y caso de aquel pleito, fueron muy diuersos deste; pues alli auiendo sucedido D. Diego Ponce de Leon, num. 10. en los bienes deste mayorazgo, como hijo segundo de D. Antonio Aluarez de Toledo, num. 7. posseedor de la Casa de Cedillo, murio dicho D. Diego sin sucesion alguna, con que por su vacante entrando à litigar el Conde D. Antonio, num. 9. como posseedor

dor de la Casa de Cedillo, y D. Gabriel, numer. 11. que siendo hijo tercero de D. Antonio, num. 7. vino a quedar hermano segundo del Conde D. Antonio, num. 9. por auer muerto el dicho D. Diego, que lo era, alegò el dicho Conde D. Antonio auer llegado el caso conforme a la fundacion deste mayorazgo, de boluer la sucesion del al posseedor de la Casa de Cedillo, porque a esta boluia el dicho mayorazgo todas las vezes que el hijo segundo posseedor, muriesse sin dexar hijos, y descendientes, como en aquel caso auia muerto D. Diego sin dexarlos. Y que D. Gabriel no podia suceder, ni como hijo de Don Antonio, num. 7. posseedor de la Casa de Cedillo, ni como hijo segundo de dicha casa: no lo primero, porque el dicho don Antonio, num. 7. sucedio con limitacion, sin constituir linea absoluta de sucesiõ, para si, y para todos sus descendientes, auiendo de suceder por su muerte solamente el hijo segundo, que entonces se hallasse con esta calidad.

62 Ni como hijo segundo de dicha Casa pudo suceder en el caso referido don Gabriel, siendo hijo tercero, porque como la calidad de hijo segundo se requiere precisamente para suceder por muerte del posseedor de la Casa de Cedillo, y dicha calidad ha de concurrir tempore delatæ succesionis, ad text. *in l. si cognatis 19. ff. de reb. dub. l. interuenit, ff. de leg. præstand. l. si quis cum haberet, ff. de suis, & legit. hæred. l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati*, cũ similibus, *Peregr. de fideicommiss. artic. 22. num. 69.* Casanate *cons. 26. nu. 16.* Castillo, *cap. 90. àn. 23.* no importa que despues sobreuenga, auiendo faltado en el tiempo referido.

63 Como en la disposicion que habla del primogenito, que se entiende de aquel, en quien concurria esta calidad, quando llegò el dia de suceder, aunq̃

an-

antes huuiesse sido segundogenito; pero si la calidad de primogenito llegò post diem delatæ successionis, no queda comprehendido en la disposicion, vt dixit *Bald.cons.275.colum.fin.lib.2.* Gregor. Lop. *l.28.tit.8.part.5. verbo, segun se ouiere*, Mandellus de Alua *cons.382.num.7.lib.2.* comprobarunt *Addentes ad D. Molin.lib.1.cap.5.nu.20. & 21.in tot. & vers. Ex quibus.*

64 Maximè, que el dicho don Gabriel no tuuo calidad de hijo segundo de la Casa de Cedillo; porque como la de hijo es relatiua al padre, y quando murio D. Antonio, num.7. tenia el dicho D. Gabriel la calidad de hijo tercero, la que le sobreuino despues por muerte de D. Diego, no fue la de hijo segundo, pues auia ya faltado el padre, q̃ era su relatiuo, sino la de *hermano segundo*, ò inmediato del Conde D. Antonio, num.9. Y esta no importò, porque el fundador no llamò à los hermanos segundos del posseedor de la Casa, sino a los hijos segundos, y los hijos terceros tienen llamamiento discretiuo en dicha fundacion, para en caso de suceder los segundos en la Casa de Cedillo, por hallarse el primero ocupado en otro mayorazgo incompatible, & ex hac discretiua vocatione, resulta no estar comprehendidos en ningun caso en el llamamiento del hijo segundo, *ad l.cum ex filio, §. filius, ff. de vulg. l. doli clausula, ff. de verb.oblig.* Fusar. *de substit. quæst.675. num.2. & quæst.681. num.7.* Castill. *cap.66.nu.49.* Larrea *decis.54.n.19.*

65 De mas de que la calidad que sobreuiene en tiempo inhabil, y ya passado, no constituye en terminos, y estado de suceder, vt notarunt *Peregrin. de fideicommiss. artic.22. numer. 69. & 72.* Casanate *consil. 26. num.18.* Y en este caso lo preuino el fundador, porque en la clausula quarta dixo: *Suceda el hijo segundo del q̃ a la saçon fuere posseedor del mayorazgo,*

que

que instituyò Hernando Aluarez de Toledo, y la palabra, *a la saçon* (que corresponde a la diccion *tunc temporis*) es limitatiua al tiempo delatæ successionis, de que và hablando, y esclusiua de otro tiẽpo, y caso omitido, y no expressado, vt notarunt *Surd.cons.236.n.13*. Auendaño *ad l.40.Tauri glos.* 14.*n.10*.refert ex pluribus *Barb.dict. 409.n.7.*

66 Y no auiendo de suceder en el caso referido el dicho D.Gabriel de Toledo, ni como hijo de D. Antonio, n.7.ni como hijo segundo de la Casa de Cedillo por no serlo, vt probatum manet; no tuuo otro titulo por donde le tocara la sucession, pues no era hijo, ni descendiente de don Diego Ponce de Leon, n.10. que auiendo sucedido como hijo segundo de la Casa de Cedillo, constiyò linea de sucession para si, y sus descendientes, ni tampoco pudo suceder como transuersal deste, pues no estaua constituido en linea de sucession, vt iam diximus. Maximè, que regularmente en mayorazgos fundados por transuersal, no se comprehende el transuersal del vltimo posseedor, no estando en la linea de sucession, ya constituida por el ascendiente comun de ambos: vt ex text.*in cap.vn.tit.de benef.fratr.& qual.frat.in benef.fr.succed.*& ex pluribus DD. comprobauit latè Castillo *cap.93.n.25.*

67 Demas de que quando el Conde de Cedillo don Antonio, n.9.no se hallara con el caso de la reuersion en su fauor, y compitiessen la sucession deste mayorazgo por las reglas ordinarias el, y D.Gabriel le auia de vencer, pues se hallaua primero, respecto de D.Diego, por ser hermano mayor.

68 Ninguna destas consideraciones, y motiuos, se hallan en los terminos de nuestro pleito; porque aunque don Francisco Antonio es transversal de D. Luis Francisco, num.18.vltimo posseedor, està en

la

la linea de sucessiõ constituida por doña Isabel de Toledo abuela de ambos, que sucedio en este mayorazgo, como hija segunda de la Casa de Cedillo; y conforme a las clausulas, y disposicion de derecho en sucediendo ella, huuieron de suceder todos sus hijos, y descendientes, guardando entre si el orden del derecho conforme las lineas, esperando los de la segunda a que se acabassen los descendientes por la primera: y auiendo faltado los de don Pedro de Arauz, cabeça desta, es preciso recurrir a los de doña Ana de Toledo, madre de D. Francico, a quiẽ tocò la segunda linea de D. Isabel de Toledo, madre de dicha D. Ana.

69 Pero esto que tiene que ver con el punto que se ventilò en el pleito que ganò el Conde D. Antonio, n. 9. contra D. Gabriel, n. 11? pues la transversalidad que escluyò al dicho D. Gabriel, fue porque no estaua en linea de sucesion del hijo segundo de la Casa de Cedillo, que auia sucedido, ni en otra; como se ha fundado, ni en el se hallò la calidad de hijo segũdo, para suceder. Luego si en D. Francisco Antonio se halla la calidad precisa para la sucesion cõforme à derecho, y disposicion del fundador, que es ser descendiẽte de D. Isabel de Toledo, que sucedio como hija segũda, no le puede escluir el ser transversal del vltimo posseedor. Antes podemos dezir, que los medios que se consideraron para escluir a D. Gabriel, por auerle faltado, son los que se hallan en D. Francisco para que suceda: de que resulta que aquella executoria no solo no nos obsta, sino que nos ayuda.

70 La segunda executoria, de que se vale el Cõde D. Baltasar, es la que ha constituido a D. Francisco en estado de suceder, porq̃ la ganò D. Isabel de Toledo su abuela, cõtra el Cõde D. Eugenio, n. 12. Y el mis-

mo Conde D. Baltasar su hijo, y contra D. Antonio Ponce de Leō, n. 14. hijo de D. Gabriel de Toledo, q̄ fue vencido en la executoria, de que hemos hablado hasta aora.

71 Pero vease que paridad ay entre aquel litigio, y el de oy: pues auiendo muerto el Conde D. Antonio n. 9. le tocò la sucessiō a D. Isabel su hija segunda, sin que tuuiesse fundamento el intento del Conde D. Eugenio su hermano, por obstarle manifiestamē-te las clausulas de la fundacion, y mucho menos el de D. Baltasar su hijo, por no tener llamamiento especial, y no poder entrar antes que padre. D. Antonio Pōce, n. 14. no podia tener tampoco entrada, porque ni era hijo segundo del Conde D. Antonio, por cuya muerte se deferia la vacante, y el derecho de su padre estaua ya vencido: reconozcase pues si algo desto alude a nuestro caso? Nada, como bien consta.

72 De que resulta quan justamente pretende Don Francisco, que se le dè la tenuta, pues se halla en la linea precisa de la sucesion, y los fundamentos del Conde D. Baltasar no tienen sustancia, como se reconoce por el discurso hecho. Asi lo esperamos obtener. Salua, &c.

Lic. D. Iuan de Giles Pretel.